

Tensión entre el derecho a la privacidad y derecho a la libertad de información

*Un análisis desde la responsabilidad civil*¹

Tension between right to privacy and right to freedom of information

*Dra. Laura Nahabetián Brunet**

RESUMEN: El artículo desarrolla elementos vinculados con la responsabilidad civil emergente de la tensión existente entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de información, a partir de la consideración de las diferentes sentencias que se suscitaron en la República Argentina a partir del conocimiento público que la Revista Noticias efectuó de la existencia de un hijo extramatrimonial del entonces Presidente Carlos Menem.

Se analizan temas vinculados con los límites y prevalencia de uno y otro derecho, así como las eventuales vulneraciones que pudieren suscitarse por el conocimiento público de esta información en razón de su relevancia pública, lo que también es considerado. Finalmente, se analiza la doctrina de la real malicia con sus diferentes componentes para avanzar en conclusiones superadoras de la tensión planteada en origen.

¹ Aproximaciones a partir de los pronunciamientos de la justicia de la República Argentina en relación con el caso MENEM, CARLOS S. c/ EDITORIAL PERFIL S.A.

* Universidad Mayor de la República, Universidad Católica del Uruguay. Asesora en el Parlamento Nacional de la República. E-mail: lnahabetian@gmail.com

ABSTRACT: The article develops elements linked to civil liability arising from the tension between the right to privacy and the right to freedom of information, since the consideration of the jurisprudence developed in Argentina from public knowledge that "Noticias" magazine made about the existence of President Carlos Menem's illegitimate son. Issues related to the limits and prevalence of both rights as well as their violations that might arise by the public knowledge of this information because of its public importance, which is also considered and analyzed. Finally, the doctrine of actual malice is discussed in its different components to advance as conclusions about the tension developed at the beginning.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la privacidad. Libertad de información. Información pública. Doctrina de la real malicia.

KEYWORDS: Privacy. Freedom of information. Public information - Actual malice.

SUMARIO: Introducción. Hechos constitutivos del caso. Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Intromisión arbitraria en la vida privada. Agravios de los recurrentes. Violación a los principios constitucionales por limitación a la libertad de información en relación con aspectos de la vida de una persona pública. Los preceptos constitucionales e internacionales en la materia. La condición de persona pública y relevancia pública de la información. Consideraciones en relación con la veracidad de la información. Consideraciones en relación con el consentimiento. Doctrina de la real malicia. Sujetos alcanzados por la doctrina. Informaciones alcanzadas por la doctrina. Carga de la prueba y objeto de la misma. Monto de la indemnización estipulada. Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

HECHOS CONSTITUTIVOS DEL CASO

El pronunciamiento se origina en una serie de publicaciones efectuadas por la Editorial Perfil S.A. la cual es la editora de la Revista Noticias y los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico – Director del Semanario y Editor responsable, respectivamente –, quienes fueran demandados por parte del Sr. Carlos Saúl Menem, ex Presidente de la República Argentina.

La Revista Noticias procede desde febrero de 1994 y durante un año a realizar una profunda investigación relacionada con el supuesto vínculo del Sr. Carlos Menem con un joven llamado Carlos Nair Meza que sería su hijo extramatrimonial y su madre la Diputada de la Provincia de Formosa, Sra. Martha Meza.

En concreto las notas periodísticas relataban lo siguiente:

- El Presidente Menem tenía un hijo extramatrimonial producto de su relación con la Sra. Martha Meza, nacido el 17 de octubre de 1981, en Formosa.
- El niño de nombre Carlos Nair Meza era recibido en la Residencia de Olivos, en la Residencia oficial de verano en Chapadmalal, y en la Casa de Gobierno.
- La Sra. Martha Meza era maestra de profesión y había aumentado su patrimonio hasta llegar al millón de dólares en diez años, habiendo sido electa como Diputada Nacional y además recibido múltiples y costosos regalos de parte del Sr. Menem.
- La Sra. Meza se encontraba amenazada en la campaña electoral de 1995 cuando el Sr. Menem fue reelecto Presidente de la República Argentina, manifestando ella que recibió llamadas intimidatorias durante un período de tres meses y que responsabilizaba en forma directa de la situación al Gobierno Nacional.

Se solicitó asilo para la protección de la Sra. Meza y el joven Carlos Nair en Paraguay, para lo cual el Sr. Menem pidió la colaboración del Presidente Juan Carlos Wasmosy.

En razón de lo señalado, la Revista Noticias entendió que debía avanzar en la investigación de estos hechos y ponerlos en conocimiento de la ciudadanía, habiendo realizado exhaustivas acciones hasta concretar las notas que provocaron la exaltación del Sr. Menem, quien molesto con las publicaciones se presenta en conferencia de prensa descalificando a la Revista Noticias y a sus directores y editores indicando que se trataba de una “cloaca en la que se escondía una organización delictiva”, entre otros calificativos.

Acto seguido se promueve una acción civil por daños y perjuicios ocasionada en razón de la publicación de estas notas que en su entender implicaban una intromisión arbitraria en su vida familiar e íntima, reclamando la suma de U\$S 1.500.000.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil rechazó la demanda y la reconvencción que solicitara el Sr. D’Amico en razón de los dichos que se citaran de parte del Sr. Menem.

Sin embargo, ante la apelación de la decisión, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la demanda ahora por U\$S 150.000, así como sus intereses contra los demandados, condenando además a la publicación de una parte de la sentencia y las costas de ambas instancias y confirmando el rechazo a la reconvencción, entendiendo que se había violentado el derecho a la intimidad del Sr. Menem.

En la sentencia se establece que “no concurre ninguno de los elementos que justificarían la invasión de la intimidad, especialmente el interés público prevaleciente, o bien el consentimiento del interesado”. Se entiende que no había mérito para “la difusión de hechos no actuales relacionados con la vida sentimental de los involucrados y, especialmente, con la posible existencia de un hijo fruto de tal relación”. Asimismo, “no se advierte que respecto a los hechos dados a conocimiento público, haya mediado el consentimiento del afectado el cual debe emanar del propio interesado y que cuando la noticia afecta a más de una persona no basta con el consentimiento de una de ellas para privar de su derecho a la intimidad a la otra”.

Los demandados interpusieron recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra esta última sentencia pidiendo la descalificación de la misma “a la luz de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia respecto al alcance de la libertad de expresión y de prensa de nuestra Ley Fundamental, como así también a la luz del concepto de arbitrariedad...”.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Con fecha 25 de setiembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dicta sentencia confirmando lo resuelto en la instancia anterior y admitiendo la responsabilidad civil de los codemandados, rebajando el monto a U\$S 60.000 con más los intereses que correspondieren. Entre otros elementos señaló que “tanto la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita como la publicación de imágenes fotográficas —en todo caso no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa— sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico de su ex cónyuge en relación con tales lazos, configura una intrusión en la zona de reserva del sujeto no justificada por intereses superiores de la comunidad. Máxime cuando se han incorporado imágenes y nombres de menores, con exposición sin prudencia profesional de cuestiones atinentes a la filiación de estos niños, con mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos, conducta que revela el carácter arbitrario de la injerencia en la esfera de intimidad del actor, no justificada por el debate vigoroso de las ideas sobre los asuntos de interés público ni por la transparencia que debe tener la actuación del hombre público en el ejercicio de sus altas responsabilidades”.

2.

INTROMISIÓN ARBITRARIA EN LA VIDA PRIVADA

Ahora bien, el carácter de persona pública y de interés público se analizan a continuación, sin embargo, es menester tener en consideración que dada la relevancia pública de la información de que se trata en caso de que se considere que existió intromisión en la vida privada, esta intromisión no fue arbitraria y ahí está uno de los elementos fundamentales de análisis y que no se comparten de la sentencia en comento.

En efecto, la arbitrariedad según lo establece el Diccionario de la Real Academia Española es un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho, de lo que a simple vista se desprende entonces, que la calificación de tal no es pertinente a estos efectos.

Así, el interés y la relevancia pública que revisten las acciones de quien ostenta el cargo de primer ciudadano del país, son centrales tanto en lo que hace a su actuación en el ámbito público, cuanto en el privado sobre todo si estas últimas acciones tienen vínculo directo con

su accionar público e implican en algún punto hasta incumplimiento para con las obligaciones legales que él ha juramentado resguardar, proteger y promover hasta con su vida.

De hecho en el balance de ponderación entre derecho a la privacidad y derecho a la información, en el caso de acciones del Presidente de la Nación, esta última parece que se impone sin contrariedades (salvo para la Corte Suprema de la Nación, paradójicamente), ya que éste está implicando precisamente el resguardo de uno de los pilares del funcionamiento del principio republicano en un gobierno democrático.

De manera alguna se sostiene que las personas públicas carezcan de derecho a la privacidad, por el contrario, éste se verifica existente y debe resguardarse, sin embargo, es conteste la doctrina y la jurisprudencia de los más altos tribunales de justicia nacionales e internacionales en sostener que la punición de acciones atentatorias contra la privacidad implican una lesión de mayor entidad que aquélla cometida contra una persona ajena a la exposición pública.

Al respecto incluso la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado: “... los límites de la crítica permitida son más amplios en relación a un político considerado como tal que cuando se trata de un mero particular: el primero, a diferencia del segundo, se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante”²

3.

AGRAVIOS DE LOS RECURRENTES

3.1. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES POR LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN EN RELACIÓN CON ASPECTOS DE LA VIDA DE UNA PERSONA PÚBLICA

3.1.1. Los preceptos constitucionales e internacionales en la materia

En primer lugar es menester considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en múltiple jurisprudencia que en relación con el “contenido de la libertad de pensamiento y de expresión, la jurisprudencia de esta Corte ha sido constante en señalar que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho

² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lingens vs Austria*, Sentencia de 8 de julio de 1986.

de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás”³.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la libertad de expresión protege no solamente el contenido, sino también la forma del mensaje que se expresa y que en materia de crítica política, de asuntos de interés público, hay muy poco margen para que se pueda proceder a restringir o coartar este derecho.

En el artículo 4º de la Carta Democrática Interamericana se señala que las libertades de expresión y de prensa son componentes fundamentales de la democracia. Esto también se ve reflejado en las sentencias más tempranas de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en las cuales se señala que si existe alguna duda, si hay alguna discrepancia en cuanto a los límites, contenido y alcance de la libertad de expresión, está claro que ésta fue concebida y diseñada para proteger la expresión política, los mensajes de contenido político y aquéllos que tienen que ver con el debate público, o con los asuntos de interés público.

El Tribunal Constitucional Español ha señalado que la libertad de expresión cumple una función constitucional, en un sistema de pesos, frenos y contrapesos, en donde ella opera como mecanismo de defensa de la democracia. Esa función constitucional que le atribuye dicho Tribunal Constitucional ya había sido de alguna manera sugerida en algunas sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos”⁴.

Ahora bien, de todas formas, no se trata de un derecho absoluto. Y esto también lo han indicado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuanto la Corte Europea de Derechos Humanos.

El artículo 19 de la Constitución Argentina en forma genérica establece el derecho a la privacidad estableciendo que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana reconoce que todas las personas tienen, entre otros derechos, aquél a la vida privada, prohibiéndose toda injerencia arbitraria o abusiva, determinando a su vez, varios ámbitos de la misma tales como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004.

El ámbito de la privacidad está caracterizado por verificarse inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública según ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵. Comprende, entre otras dimensiones, aquéllas vinculadas con la toma de decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida, poseer un espacio de tranquilidad personal, la preservación en reserva de ciertos aspectos de la vida privada así como el contralor de la difusión de información personal hacia el exterior.

Así es que se verifica imprescindible obtener un equilibrio entre el derecho a la información y su vertiente de la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, los que sin ser absolutos, de todas formas ambos son derechos fundamentales garantizados en términos constitucionales primero y en la normativa internacional después, los que por otra parte la República Argentina incorpora a su ordenamiento con igual cariz a través del artículo 75 Constitucional.

Indubitablemente, ejercitar estos derechos requiere de máximo respeto a todos los derechos fundamentales, no siendo posible la ponderación en derechos de categoría principal y secundaria.

Por lo tanto, era imprescindible en el caso efectuar una armonización, debiendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación haber ubicado adecuadamente las responsabilidades y en su caso las sanciones que se correspondieren con este propósito y así resguardar los derechos.

Por el contrario, se limitó a establecer que se verificaba una arbitraria injerencia en la vida privada del Sr. Menem sin analizar los hechos constitutivos de tal violación e indicando además, que no era necesario analizar la veracidad o no de la información en mérito a que estos hechos no habían sido controvertidos.

Insólitamente la Corte cita su propia jurisprudencia mas justificando una acción diferente a la asumida en el caso. En efecto establece: “entre las libertades que la Constitución Nacional consagra la de prensa es una de las que posee mayor entidad al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal, incluso no sería aventurado afirmar que, aún cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica (Fallos: 248.291; 311.2553).”

Luego indica que éste puede ser restringido porque no implica “asegurar la impunidad de la prensa”. Tal vez la palabra impunidad sea un poco grotesca en el contexto de

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006.

análisis de que se trata, en mérito a que pareciera que hay una suerte de búsqueda de disciplinamiento del periodismo, lo que lógicamente no conduce al fortalecimiento democrático, sino por el contrario a su decaimiento.

Parece bien complejo entonces, conocer las razones que se verifican existentes por detrás del razonamiento efectuado por los Ministros de la Corporación dado que el análisis efectuado dista de ser deductivo, lógico y jurídicamente armonizable.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en otra oportunidad ya había señalado que “el Poder Judicial debe tomar en consideración el contexto en el que se realizan las expresiones en asuntos de interés público; el juzgador debe “ponderar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás con el valor que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública”⁶.

En el mismo sentido en el caso de *Mamere vs. Francia*, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que “el elevado valor de la libertad de expresión, especialmente en los debates sobre temas de interés general, no puede prevalecer en todas las circunstancias sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación de otras personas, ya sean ciudadanos comunes o funcionarios públicos”⁷.

Finalmente es dable tener presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha apoyado a la Relatora Especial respecto a la Libertad de Expresión quien adoptó una “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”. En la misma se incluyen las siguientes afirmaciones:

10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. 11. Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad. Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como “leyes de desacato” atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información⁸.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

⁷ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Mamere vs. Francia, Sentencia de 7 de noviembre de 2006.

⁸ Aprobado por la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos en su Sesión General del 19 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.iachr.org/declaration.htm>

3.1.2 La condición de persona pública y relevancia pública de la información

“El conocimiento de algunos aspectos de la intimidad y vida privada de los funcionarios públicos responde a un derecho legítimo de la sociedad para poder calificar la aptitud moral de ellos, y decidir si participan de los valores éticos del pueblo que representan. De esta manera, no solamente se satisface el recaudo de la idoneidad, previsto en el art. 16 de la Constitución, sino también la necesidad de dar información a los ciudadanos para que, en un sistema republicano y representativo, puedan participar eficientemente en el proceso político seleccionando a sus gobernantes y velando para que ellos, en su vida privada, mantengan el recato impuesto en la vida pública. Ello es así porque la vida pública de un funcionario es inseparable de su vida privada, cuanto mayor sea la importancia política del cargo que desempeña.

En tal sentido, Linares Quintana enseña que

(...) se ha dicho que el hombre público no tiene vida privada, porque su actuación pública se proyecta inexorablemente sobre su intimidad. Ossorio y Gallardo observa con razón que la persona que ejerce vida pública tiene muy limitado el derecho de resguardar de las miras generales su vida íntima. Apenas si se reservan sus afecciones y sentimientos. Esto es inevitable y conveniente, pues quien ejerce ministerio de concejal, diputado, senador, gobernador, ministro, etc., se compromete a soportar la atención pública en todos los órdenes de su actividad. Esa diferenciación que suele establecerse entre la vida pública y la privada es inaceptable porque frecuentemente cubre la inmoralidad. Quien es merecedor de la confianza de sus conciudadanos que lo han honrado con el desempeño de una función pública, debe responder a esa confianza y a ese honor guardando en su vida privada el recato debido; lo que no se compadece con la ostentación de riquezas o comodidades superfluas, la frivolidad manifiesta, o los viajes numerosos e innecesarios.⁹

Es imprescindible analizar el carácter de relevante para el público de la información de que se trata.

Indudablemente esto es central; sin embargo, la conceptualización de interés público o de relevancia pública es muy dificultosa.

A los efectos de la determinación de si una información es o no o reviste o no lo hace un interés público, esto es, si hay un interés genuino de la sociedad en conocer determinada información, desde el punto de vista de la usabilidad que ésta tiene para la comunidad, será

⁹ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*, Disponible en: http://www.badeniabogados.com/articulo_badeni_11.htm

menester considerar un elemento de índole subjetivo cual es la determinación de a quién se refiere esta información.

Uno de los elementos que hacen que una noticia sea tal es la condición pública de las sujetos que intervienen en él. La participación de personas de notoriedad pública en algunos acontecimientos es lo que puede otorgar a la información el carácter de interés público. Si concurre este rasgo, la libertad de información prevalecerá sobre el honor o la intimidad de la persona pública.

Que prevalezca la libertad de información no quiere decir que las personas famosas estén privadas del derecho al honor o a la intimidad. Todo derecho fundamental tiene un núcleo que ninguna colisión con otro derecho puede alterar. La libertad de información tiene carácter preferente pero no quiere decir esto que prevalezca siempre y en todo caso. Esa es una cuestión que decidirá el juez tras sopesar la contundencia de los derechos fundamentales que entran en juego. Ahora bien, lo que parece opinión común de la jurisprudencia y buena parte de la doctrina es que la gente que por su profesión o forma de vida ha adquirido voluntariamente la “etiqueta” de persona pública tiene que ser consciente de que ha de soportar una reducción (no una desaparición) del ámbito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

La Corte Suprema Estadounidense solía esgrimir una elocuente frase, frecuentemente atribuida al ex Presidente Truman. Dice así: “la obligación de aguantar el calor del fogón es el precio a pagar por entrar en la cocina”. Esta sencilla metáfora refleja el menor grado de protección relativa que tienen los personajes públicos frente a la crítica, y la reducción del ámbito de su intimidad, debido al interés que su presencia o sus conductas despiertan en los demás. Las personas públicas “que han entrado en la cocina” tienen que pagar un precio: ver reducidos el ámbito de protección de sus derechos al honor a la intimidad y la propia imagen. Se reduce el ámbito de esos derechos, pero no desaparecen. Las personas públicas son titulares efectivos de dichos derechos fundamentales y pueden exigir la protección de los mismos frente a actuaciones delictivas o intromisiones ilegítimas.

En definitiva, para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor y a la intimidad, la noticia, además de veraz, en términos jurídicos ha de ser de interés público y es de interés público por la materia sobre la que se informa -que sea relevante para formación de la opinión pública-, por las personas que intervienen en el acontecimiento -personas famosas-, o por ambos conceptos (personas públicas intervengan en sucesos extraordinarios).¹⁰

¹⁰ FERREIRO GALGUERA, Juan, Supuestos de colisión entre las libertades de expresión e información y otros derechos fundamentales. La creación artística y el respeto a los sentimientos religiosos Disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2009/1/AD-3-10.pdf>

La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que se puede concluir la existencia de cuatro categorías de sujetos y dependiendo de a cuál de estas categorías el sujeto pertenezca, será menor o mayor la relevancia pública de la información que se considere y de esta manera también será posible la determinación de la mayor o menor protección al ámbito de su intimidad.

En cualquier caso es menester tener presente que siempre habrá un componente de intimidad personal de los sujetos con independencia de la categoría a que éstos pertenezcan, sino que la variación se verá verificada en torno a los límites de este ámbito.

Así el citado Tribunal ha determinado la existencia de las siguientes categorías:

- Personas comunes y corrientes que no sean sometidas voluntariamente a ser funcionarios públicos, las cuales han pretendido guardar el anonimato y tienen por tanto protección plena.
- Figuras públicas, integrantes de la denominada “farándula”, teniendo éstas un nivel más restringido de protección pero en todo caso no todo lo que ellos hagan será relevante para el interés público.
- Funcionarios públicos en general respecto de los cuales el nivel de protección es aún menor en el entendido que su vida privada puede tener impacto en las vidas de los demás ciudadanos, por lo tanto éstos tienen derecho de conocerla.
- Lo políticos quienes han pretendido la confianza pública para mediante las elecciones obtener los cargos más altos de la representación del Estado, teniendo éstos el menor nivel de protección en su derecho a la intimidad.

En este último caso, que indudablemente es el que se corresponde con la sentencia en consideración es importante también tener presente que de lo que se trata es de la obtención de conocimiento por parte de los ciudadanos de aquello que es público, y no el interés que el público pudiere tener.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido al respecto que los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquél inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, “el artículo 10, inciso 2 permite la protección de la reputación de los demás —es decir, de todas las personas— y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha pro-

tección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos”¹¹.

La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática.¹²

En este sentido, a nivel doctrinario se verifica la existencia de al menos cinco hipótesis en las cuales hay consenso en relación con lo que es importante relativo a la vida privada con connotaciones de relevancia pública.

- Información vinculada con funciones que una persona ejecuta aún cuando éstas contengan algún componente de índole privado. El ejemplo clásico es el incremento patrimonial, siendo el patrimonio un elemento integrante de la privacidad, si éste es injustificado el interés público es notorio.
- Incumplimiento de deberes legales en su carácter de ciudadano. El ejemplo clásico es el incumplimiento con los deberes tributarios.
- Información vinculada con la confianza depositada en el funcionario. El ejemplo clásico es la inadecuación entre el discurso y las prácticas privadas, en el entendido de la defensa de determinados valores que han sido o serán los determinantes de su elección y su vulneración en la práctica cotidiana.
- Competencia y aptitud para el ejercicio de la función a la que será llamado a ocupar. El ejemplo clásico es el estado de salud de un candidato o un funcionario electo.

Por lo tanto, no sólo es relevante la información cuando tiene que ver directamente con el sujeto afectado, sino también cuando ésta —de conocerse— lograría un debate público con consecuencias en la reformulación de las instituciones.

Agrega la Corte Europea de Derechos Humanos que

(...) el acento de este umbral diferente de protección no se asienta solo en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un

¹¹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Dichand y otros vs. Austria*, Sentencia de 26 de febrero de 2002.

¹² CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Lingens vs Austria*, Sentencia de 8 de julio de 1986.

mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”¹³.

El art. 16 de la Ley Fundamental establece, como condición ineludible para ejercer cargos públicos, el requisito de la idoneidad. No sólo la idoneidad técnica, sino la idoneidad ética acorde con los valores morales propios de una república representativa. La Constitución aspira a que quienes accedan a la función de gobierno tengan una conducta ética intachable. No sólo en la vida pública, sino también en la privada porque esta última es la que determina su contenido y subyace en aquélla. Ese sentimiento se refleja en la ciudadanía. Ella aspira a que sus gobernantes sean éticos, en el cabal sentido de la palabra. Tal circunstancia explica el por qué, muchas veces, los medios de prensa difunden aspectos de la vida privada de sus gobernantes para satisfacer el legítimo derecho a la información del pueblo sobre la conducta ética de aquéllos.¹⁴

Por su parte, el derecho a la propia imagen, al igual que cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto razón por la cual está limitado por la existencia de otros derechos que revisten también protección de tipo constitucional y legal.

Por lo tanto, es importante no perder de vista en la consideración de los diferentes elementos, que la Ley N° 11.723 en su artículo 31, establece que a la exhibición, difusión o publicación de la imagen de una persona deberá precederle el consentimiento que solo podrá ser prescindido en caso que la reproducción tenga vínculos con finalidades de tipo científica, didáctica y en general cultural o con hechos y acontecimientos de interés público o se hubieran desarrollado en público.

Esto significa que la protección cede cuando la conducta del interesado, o las circunstancias del caso, revelen una justificación vinculada con la reducción de la reserva determinada a su favor a los efectos de dar prevalencia al interés público superior.

En el caso en comento, es claro en función de lo antedicho que se trata de información de profundo interés público.

En efecto, se trata de un político, nada menos que el Presidente de la Nación, que incumple con deberes jurídicos sustanciales -no reconocimiento de un hijo suyo, de hecho se trata de una obligación que se encuentra claramente estatuida tanto en el derecho positivo nacional argentino cuanto en aquél internacional—, hijo que además está amenazado de muerte, a lo que se adiciona la posible malversación de fondos.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de Julio de 2004.

¹⁴ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

Para que esta información además estuviera contextualizada era imprescindible avanzar en la historia estableciendo los vínculos del Presidente con la madre del joven Carlos, la diputada Meza.

Un detalle no menor es que una parte muy importante de toda la información ya se encontraba en dominio público, en mérito a que se había publicado un libro sobre el Sr. Presidente donde se relataba parte de esta información, además que en la Provincia de Formosa era un secreto conocido la relación entre el Sr. Menem y la Sra. Meza.

Indudablemente se cumplen todas las condiciones para que pueda hablarse de interés público de la información publicada por la Revista Noticias en sus diversas ediciones.

Sin embargo, en su sentencia la Corte Suprema de la Nación se refirió oblicuamente a los aspectos vinculados con la privacidad del Sr. Menem y en forma independiente de la relevancia pública que notoriamente éstos tienen, siendo que son un aspecto central del cuestionamiento que originó el procedimiento jurisdiccional.

Incluso se remite a lo señalado en la Cámara Civil donde se indica que para resolver en la tensión existente entre el derecho a la información y aquél a la privacidad de un funcionario, debería optarse por este último en mérito a que “se alude a la supuesta fortuna adquirida por la diputada Meza, a la existencia de favores políticos y económicos de envergadura hacia ella, lo cual de ser cierto es repudiable y digno de ser conocido por la ciudadanía. No es ésta la vida privada a la que me refiero y que merece protección, pues si el Presidente hizo manejo indebido de fondos públicos debería ser juzgado por ello, y si una diputada se enriqueció indebidamente también. En cambio considero que no existe un interés público suficiente como para justificar la difusión de hechos no actuales relacionados con la vida sentimental de los involucrados y, especialmente, con la posible existencia de un hijo fruto de tal relación [...]”¹⁵

¹⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL, Sala H, Sentencia de 11 de marzo de 1998.

3.1.3 Consideraciones en relación con la veracidad de la información

Uno de los elementos centrales en lo que hace a los contenidos de la información es precisamente la veracidad de la misma.

Desde el punto de vista ético y profesional, ésta se plantea como un elemento central en la labor periodística entendiéndose que honrar tal actitud es lo esperable por la prensa que respeta su condición de tal en una sociedad democrática.

Por tanto, en el caso, el hecho de que no se cuestionara la veracidad de la información, no torna a ésta menos importante; por el contrario, la determina como imprescindible.

No es además un argumento válido para que no sea de aplicación la doctrina de la real malicia, en mérito entre otros elementos a la consideración de quién es el sujeto involucrado en la información.

Aceptar la información como veraz, sin cuestionarla, no la determina como menos importante para el conocimiento público, ni tampoco, por esta razón el carácter de atentatoria contra la intimidad o la privacidad del Sr. Menem.

En efecto, el elemento veracidad en la información coadyuva en la ausencia de responsabilidades por parte de la Revista Noticias y en la apreciación de una conducta diligente por parte de los profesionales de la información involucrados.

A mayor abundamiento la Corte Suprema de Justicia estableció en otra instancia que “cuando lo afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces o no”.

Indudablemente en el caso no pudo juzgarse como indebida la publicación en mérito al notorio interés público de la misma. Por tanto, alegar violación a la privacidad no es pertinente desde ningún punto de vista.

3.1.3 Consideraciones en relación con el consentimiento

Es considerado el núcleo central de la protección de datos. Se encuentra previsto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que tratan el tema de la protección de datos personales, con la excepción por ejemplo del régimen británico que lo contiene en forma indirecta.

Implica que es únicamente el interesado quien puede determinar cuándo, cómo y dónde podrán ser presentados sus datos en forma externa a sí mismo, esto es, puedan ser conocidos por un tercero. Así es que la persona deberá consentir a los efectos de que sea posible efectuar el tratamiento de sus datos personales.

Por lo tanto, puede establecerse como un corolario de este principio que no está permitido el tratamiento de los datos personales sin el consentimiento del titular de los mismos, a menos que la Ley se pronuncie en un sentido diferente.

De esta forma, existen una serie de supuestos que las legislaciones han incluido, y que eliminan la obligatoriedad del consentimiento, citándose las siguientes hipótesis, que no revisten un carácter taxativo:

- Obligaciones legales.
- Ejercicio de las funciones propias del Estado.
- Tratamiento derivado de una relación de tipo contractual.
- Extracción de los datos de fuentes públicas de información.

Por otra parte, es importante la consideración de la posibilidad de la revocación de este consentimiento por lo que es importante que no se le atribuyan efectos retroactivos evitando de esta forma la afectación a tratamientos de datos sucedidos con anterioridad y respecto de los cuales sí se verificaba la existencia de consentimiento.

Ahora bien, la instrumentación de este consentimiento deberá revestir un carácter de fundamental claridad, en el sentido de la determinación de cómo debe efectuarse éste, en la medida que de lo contrario podrían suscitarse inconvenientes relacionados con la prueba del mismo. Será entonces imprescindible determinar la aceptación o no aceptación del consentimiento de carácter tácito y de ser así, en qué oportunidades o si sólo se aceptará el consentimiento expreso y éste a su vez, debe ser escrito.

Es importante tener en consideración lo determinado por la Ley argentina que establece que no será necesario obtener el consentimiento cuando:

- “se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;
- deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento;
- los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto,
- se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio;
- se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de la información que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526.”

Ahora bien, es menester asimismo tener en consideración las características específicas del caso.

La finalidad de la inclusión de fotografías acompañando las notas escritas pareciera ser presentar a los lectores un elemento de fiabilidad que apuntalaba a la credibilidad de la información que se manejaba en las mismas, con independencia que ésta provenía en muchos casos de la propia Sra. Meza. Y además pretendió poner de manifiesto situaciones irregulares con el manejo de una paternidad no reconocida jurídicamente mas sí en los hechos por el Presidente de la Nación, a lo que se adiciona la eventual existencia de dádivas, beneficios y prebendas a favor de quienes están presentes en las fotografías.

Además, podría considerarse que las fotos se obtuvieron de una fuente de acceso público irrestricto en mérito a que ya habían sido publicadas con anterioridad a lo efectuado por la Revista Noticias y por otra parte, éstas provienen de la Oficina de Prensa de la Presidencia de la Nación.

De acuerdo con lo señalado por tanto, no puede indicarse que estas fotos hubieren sido obtenidas bajo presión o persecución o mediante una violación a la privacidad del Sr. Menem sino todo lo contrario. Es más, por el clima de distensión que se visualiza en las mismas es posible suponer un consentimiento y hasta beneplácito en la toma de las mismas.

Ahora bien, la Corte Suprema indica que las imágenes “no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa”, lo cual es correcto. Sin embargo, nada obsta a que aún sin el consentimiento específico de la persona que se encuentra en las mismas, éstas pueden ser publicadas en el entendido que se trata de una persona pública —político en el caso y además el Presidente de la Nación— y parecería abusivo pretender que frente a cada oportunidad de publicación de una imagen se debiera solicitar el consentimiento con las notas señaladas. Considérese lo indicado para las personas públicas, y particularmente para los políticos y su restricción en lo que hace a la esfera de la privacidad.

Además, es importante resaltar que el Sr. Menem es una persona que gustaba de publicitar su vida privada en diferentes aspectos, y existen multiplicidad de ejemplos al respecto, por lo que tratándose de un hecho por otra parte conocido, con características de interés público y en muchos aspectos de dominio público, no es posible establecer una violación a la vida privada del Sr. Presidente.

El funcionario que abre las puertas de su vida privada mal puede agravarse porque los medios de prensa traspasen el umbral de su intimidad informando, con veracidad, a la

ciudadanía sobre ciertos matices de su ética personal que, necesariamente, inciden sobre su concepto de la ética pública en el ejercicio del mandato popular.¹⁶

En efecto, parece claro que no existió una injerencia arbitraria en su vida privada ya que el Sr. Menem con su conducta no contribuyó nunca al resguardo de la información personal que luego fuera condición de objeción.

De esta forma se concluye fácilmente que la publicación de las fotos de manera alguna implica que las imágenes constituyen una violación a la privacidad del Sr. Menem.

4.

DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

En el considerando 4º de la Sentencia se establece que “cabe poner de relieve que no se encuentra controvertida en autos la veracidad de las informaciones difundidas por el semanario Noticias” determinándose a continuación que el reclamo no se funda en “su inexactitud sino en su carácter íntimo”.

A párrafo seguido se establece que

(...) debe recordarse que cuando lo afectado es el derecho a la intimidad, le excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces o no (Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda, sentencia 191/91, publicada en el Boletín Oficial del Estado n 274, del 15 de noviembre de 1991). Por ello deviene irrelevante para definir la cuestión la llamada doctrina de la “real malicia” invocada por los recurrentes, en tanto dicha elaboración jurisprudencial en la Corte Suprema de los Estados Unidos sería de adoptarse – solamente aplicable para el supuesto de publicaciones difamatorias o erróneas.

Sin embargo, la doctrina de la real malicia tradicionalmente ha implicado la existencia de una suerte de protección a los medios de comunicación con la consecuente restricción en algún sentido a la vigencia absoluta de los derechos personalísimos. Claro momento para establecer la condición de no absolutos de los derechos.

Para que un medio de prensa o un particular sea responsable jurídicamente con motivo del ejercicio de la libertad de expresión cuando ella recae sobre el desempeño de sus funciones por un funcionario público, se requiere:

¹⁶ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

- 1) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria.
- 2) La prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión.
- 3) La prueba por el accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo.

La prueba de una mera conducta culposa resulta insuficiente para afirmar aquella responsabilidad¹⁷.

En mérito a lo señalado es imprescindible la consideración del significado de la doctrina de la real malicia, su adopción por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y su aplicación en el caso.

En efecto, al momento de la construcción de la doctrina de la real malicia los desarrollos efectuados en los Estados Unidos de Norteamérica parten de la consideración del fallo en el caso “New York Co. vs. L.B. Sullivan” en el año 1964.

En éste la Corte Suprema de Justicia Norteamericana determinó que los comentarios que fueron vertidos en relación con la conducta de ciertos funcionarios públicos tienen incluida una tuición que solamente puede negarse a los efectos de probar la mala intención. Así es precisa la consideración de una conciencia vinculada con la falsedad de las noticias que se publican o un notorio desprecio por su falsedad o veracidad. Al mismo tiempo se invierte la carga de la prueba la que pasa al presuntamente afectado que será quien deba acreditar la malicia por parte de quien publicó la noticia relacionada con la situación invocada.

Con el paso de los años se ha producido una ampliación en los desarrollos de este máximo Tribunal vinculados con el tema, habiéndose considerado entonces:

- Una ampliación del ámbito de aplicación de la doctrina a las figuras públicas con poder de decisión en los asuntos públicos con independencia de su condición de funcionario público.
- Una ampliación a la consideración del carácter de asunto público de la cuestión ventilada.

Ahora bien, en la jurisprudencia argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también adoptó esta doctrina con las correcciones y adaptaciones correspondientes a su idio-

¹⁷ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

sincrasia jurídica, sin perjuicio de la existencia de detractores de la misma por considerarla por lo menos “extranjerizante”.

Sin embargo, “su génesis constitucional avala la aplicabilidad de la doctrina en el sistema jurídico argentino que se nutre, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, en los principios fundamentales del secular movimiento constitucionalista”¹⁸.

Ahora bien, avanzando en su configuración y en su determinación en la jurisprudencia argentina, es menester señalar que ésta fue adoptada en tanto estándar para colaborar en la solución de casos en los que la libertad de prensa se ve cuestionada y como una forma de evaluar las conclusiones dadas por los tribunales y, en su mérito, revocarlas en caso de ser necesario cuando no se corresponden con las previsiones de tipo constitucional en que éste se verifica asentado.

De esta forma se ha indicado que “tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticias y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad”¹⁹.

No sucede lo mismo en el caso de las personas no públicas, ya que en estos casos la propagación de una noticia de carácter difamatorio de un particular generará la responsabilidad inmediata del medio de comunicación.

Sin embargo, es necesaria la distinción según establece la propia Corte Suprema en mérito a que “las personas privadas son más vulnerables que los funcionarios públicos puesto que éstos tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y porque los particulares necesitan una amplia tutela contra los ataques a su reputación mientras que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias”²⁰, siendo que además este criterio de responsabilidad refiere en definitiva a un elemento de sustancia en la consideración de los principios republicanos vinculados con la libertad de imprenta.

¹⁸ BADENI, gregorio, *La doctrina de la real malicia*, Disponible en:

<http://www.academiaperiodismo.org.ar/publicaciones/ANP%20Badeni.pdf>

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros*, Sentencia de 12 de marzo de 2008.

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Capital y otros*, Sentencia de 12 de marzo de 1987.

De todas formas es central en la consideración de su ponderación en los diferentes casos la incidencia que pudiere tener en relación con el factor de atribución y la carga de la prueba.

Asimismo, la adecuada valoración de esta doctrina está implicando una remisión a la armonización que corresponde de los diferentes derechos en pugna – derecho/libertad de información y derechos personalísimos, privacidad/datos personales/imagen – siendo por tanto central la delimitación del contenido que requiere considerar su finalidad de tipo histórico y otras que aparecen y desaparecen en el devenir histórico.

Así las cosas, y desde una óptica estrictamente de responsabilidad civil no es congruente prescindir de las reglas que la regulan para excluir la responsabilidad del medio de comunicación cuando recae en culpa dado que no existen contradicciones entre las normas del Código Civil y aquéllas constitucionales que resguardan la libertad de expresión que pudiere justificar tal desatino.

Los principios que constituyen la doctrina de la real malicia se aplican a una situación debidamente demarcada que guarda relación con la esencia del sistema político. Quedan excluidos de su ámbito los individuos que no son funcionarios gubernamentales ni figuras públicas y que tampoco pueden ser relacionados con temas institucionales o de relevante y justificado interés público. En este último caso, es viable aplicar los contenidos de las normas penales y civiles vigentes porque el ejercicio de la libertad de expresión se habrá concretado en una dimensión meramente individual.

La doctrina de la real malicia, sin perjuicio de la evolución constante que se opera en su contenido, presenta la ventaja de posibilitar el amplio desenvolvimiento de la libertad de prensa en sus dimensiones institucional y estratégica. No se trata de una formulación arbitraria destinada a provocar un privilegio para una libertad constitucional. Es una doctrina esencialmente coherente con los postulados de una democracia constitucional y que, por supuesto, no tendría asidero alguno en el marco de un sistema político autocrático donde, necesariamente, la libertad de prensa no puede tener carácter institucional ni estratégico.²¹

En mérito a lo señalado es preciso entonces considerar cuáles son los requerimientos esenciales para su aplicación:

— Sujetos alcanzados por la doctrina

²¹ BADENI, Gregorio, *La doctrina de la real malicia*

En relación con quiénes se verifican alcanzados por la doctrina de la real malicia se ha señalado que es necesario efectuar una distinción en relación con la calidad del sujeto pasivo de la difamación; en efecto, se deberá tratar de informaciones que refieran a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que tuvieran intervención en cuestiones de interés público.

La siguiente determinación refiere entonces, a qué debe entenderse constituye una figura pública. En este sentido, Muñoz Machado establece que son figuras públicas “aquéllas que por sus actuaciones, forma, modo de vida o por haber adoptado una determinada profesión, crean en el público un legítimo interés en su actividad asuntos y carácter que los llevan a ser personajes públicos y que entonces entran en zona de riesgo, casi consentido porque forma parte de su *metier*.”²²

Ahora bien, bajo esta lógica no se encuentran incluidas noticias que involucren a personas públicas en aspectos concernientes a su vida privada que no ofenden la moral o las buenas costumbres, ni cuando no se verifican asuntos de tipo institucional o de interés público.

En el caso, pareciera que la Corte Suprema al entender que se trata de hechos no controvertidos por verdaderos, y en mérito a tratarse de algo privado, no merece la consideración de tipo institucional, interés público o violatorio de la moral o las buenas costumbres. En cualquier caso, estas hipótesis no son compartibles sino cuestionables y se considera exactamente lo opuesto precisamente en razón de quiénes son los involucrados en el asunto.

Sumando en esa dirección la propia Corte Suprema ha establecido en relación con cuáles son los aspectos que conciernen a la vida privada que

(...) en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión²³.

Sin embargo, además de afirmar lo señalado en el caso establece “efectivamente aún el hombre público que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo hombre, en tanto

²² MUÑOZ MACHADO, santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Madrid, 1988, pág. 82.

²³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso “Ponzetti de Balbín, Indalina vs. Editorial Atlántida*, Sentencia de 11 de diciembre de 1984.

ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad.”

Si bien es compatible en términos generales lo indicado no parece pertinente su aplicación al caso en mérito a que es por lo menos dudoso que los hechos constitutivos del mismo no recaigan en la lógica de la consideración de cosa pública o asunto de interés público, ya que se trata nada menos que del Presidente de la Nación y su hijo.

4.2. INFORMACIONES ALCANZADAS POR LA DOCTRINA

El problema en la invocación efectuada por los demandados radica en que las informaciones alcanzadas por la doctrina implican expresiones falsas o inexactas, lo que de manera alguna parece suceder en el caso.

En efecto, se produce una incongruencia importante en el sentido de que los hechos invocados, al no ser cuestionados se consideran aceptados y ciertos y por lo mismo la imputación de responsabilidad deja de ser por falsedad o difamación sino por violación a la privacidad y sólo en este punto podría considerársele razón a la Corte Suprema en su no aceptación de la doctrina en comento.

La Corte Suprema ha señalado en varias oportunidades la necesidad del carácter objetivamente falso de la información de que se trate.

En tal sentido sentenció “el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas”²⁴.

Por otra parte, la publicación tiene que tratar sobre hechos, de manera alguna podría tratarse de referencias a opiniones ya que es la única forma de verificación en términos de verosimilitud o falsedad por tratarse de hechos verificables.

4.3 CARGA DE LA PRUEBA Y OBJETO DE LA MISMA

Se produce aquí una inversión de la carga de la prueba ya que quien invoca sentirse afectado por la difusión de noticias falsas o inexactas será quien deberá probar que quien lo profirió conocía de su falsedad y obrando despreocupadamente por la veracidad de la información de todas formas procedió a su publicidad.

A este respecto son interesantes las consideraciones del Procurador General y la Corte Suprema en el caso Patitó en el sentido de establecer que

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros*.

(...) el análisis acerca del grado de conocimiento que debe tener el medio periodístico respecto de la falsedad de la noticia o su notable despreocupación tiene que hacerse colocándose el juzgador en el momento en que aquélla se produce, o sea “ex ante”, es decir con el conocimiento incompleto de una cuestión que puede estar siendo discutida y no “ex post”, o con el conocimiento al que se llega respecto de una cuestión de hecho al final del proceso de discusión. Debe así situarse en elemento en que el emisor propaló la noticia para verificar qué elementos tenía disponibles y qué grado de diligencia empleó para verificar su grado de exactitud²⁵.

Además, las personas públicas de manera alguna podrán efectuar atribuciones de responsabilidad a los medios de comunicación por el simple hecho de probar que la información que difundieron tienen características de inexactitud sino que, deben adicionarle a esto la condición de falsedad y difusión deliberada con conocimiento de tal entidad.

Por otra parte y en lo que a derecho a la imagen se refiere el señalado artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual determina la exigencia de consentimiento para la utilización de la imagen de una persona y la carga de la prueba del consentimiento recae en quien la alega de forma tal de evitar las reclamaciones del titular de la imagen y por lo mismo la interpretación debe ser estricta.

4.4 MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN ESTIPULADA

Finalmente, pretendiendo nuevamente una suerte de disciplina política en el periodismo, la Sentencia indica “en cuanto al monto de la indemnización, cabe tratar el agravio de los recurrentes pues es evidente que el quantum del resarcimiento, si bien constituye un factor disuasivo de las conductas ilícitas, también puede convertirse, en caso de exceso, en factor de debilitamiento del desempeño de la prensa responsable. En ese sentido el monto no debe ser simbólico ni ínfimo, pero tampoco debe entrañar un enriquecimiento sin causa del reclamante – que sólo ha promovido acción en nombre propio – y debe guardar equilibrio con la configuración que el propio sujeto lesionado ha dado al ámbito de reserva tutelado lo cual determina la medida en que la conducta del medio de prensa merece la calificación de arbitraria”.

Ahora bien, es importante considerar que en la normativa argentina, no se verifica la existencia de un criterio consistente para la determinación del monto indemnizatorio. La fórmula consiste en la evaluación y ponderación del daño sufrido y en consecuencia determinar un monto que se entiende equivalente al perjuicio sufrido.

²⁵ IBARLUCÍA, Emilio, “Nuevas precisiones sobre las reglas de las doctrinas “Campillay” y de la real malicia”, en La Ley 2008 N° 3, Buenos Aires, 2008, pág. 306.

En la medida que en muchos casos se trata de daño moral, se verifica entonces, discrecionalidad absoluta a los efectos de proceder a tal determinación.

En el caso, notoriamente es lo que ha sucedido dado que en ninguna de las sentencias se menciona el criterio seguido para la determinación de montos además tan disímiles como los condenados en la Cámara y en la Corte. Así es que los jueces han decidido la determinación de montos sin ninguna determinación de parámetros objetivos.

Al menos la Corte Suprema de Justicia debería haber tenido en cuenta afirmaciones como la siguiente y no avanzar confirmando una sanción al periodismo que lejos de cumplir con la finalidad manifestada, estaría concretando una suerte de limitación en la prensa con todas las conocidas consecuencias que eso acarrea.

El juez tiene la facultad de graduar el monto, según las circunstancias del caso y atendiendo al hecho generador del daño. En tal sentido se han apreciado las condiciones que rodean el caso. Tratándose de personajes célebres se ha amparado ciertos aspectos de su vida, como por ejemplo la presunta paternidad extramatrimonial, pero siempre que tales personajes no tengan vinculación con el manejo de la publicidad y no medie un interés superior de la sociedad. En ese caso para la indemnización se deben ponderar diversos factores, como ser la configuración que el propio sujeto ha dado a su ámbito de reserva porque va de suyo que si lo ha desprovisto voluntariamente de tal reserva, no podría reaccionar ni quejarse después; así también los factores de disuasión que ha utilizado para impedir las conductas lesivas. Además, los fallos se han cuidado de no exagerar la protección de estos personajes, por cuanto el exceso tutelar podría debilitar el desempeño de la prensa responsable. Pero ello no quita que por su naturaleza no se conceda una reparación simbólica, así como tampoco una que implique un enriquecimiento indebido.²⁶

Ahora bien, si se hubiera hecho una correcta ponderación, el resultado reparatorio no habría sido el que se produjo. El régimen de daños que debió considerarse tendría que haber analizado por un lado lo establecido a los efectos de la protección de la privacidad de las personas y por otro lado el derecho a la información en su doble vertiente de autonomía personal por un lado e interés de tipo social por otro.

Indudablemente se trata de un tema complejo ya que se verifica la existencia de un derecho como el de la información que en determinados supuestos puede ser pasible de responsabilidad por daños. Indudablemente en el caso se consideró desde el principio que así se presentaron los hechos y por tanto recayó la obligación de resarcimiento sobre los periodistas.

²⁶ CIFUENTES, SANTOS, *Derecho a la intimidad*, en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil, Tomo I. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/homcongresotomo1.pdf>

Sin embargo, parece imprescindible avanzar en la consideración de las asignaciones de las correspondientes responsabilidades por daños pero sin que esto implique restricciones que determinen a la postre la inhibición de la prensa, ya que de suceder el objetivo se verificará incumplido.

Así es que es absolutamente central la determinación en forma concreta del daño que debe ser reparado sobre todo cuando se trata de un daño moral. La indeterminación de criterios en este sentido conspira contra los objetivos de disuasión ejemplarizante que se pretenden en la sentencia.

Indudablemente recurrir al estándar de la doctrina de la real malicia ya asumido por la Corte Suprema de Justicia habría sido lo adecuado, sin embargo, no fue considerado siquiera, dado que conocido es que esto habría implicado una presunción favorable para la libertad de expresión y el derecho a la información, resultado a todas luces no querido.

5.

CONCLUSIONES

El rol institucional que desempeña la prensa en un sistema democrático constitucional impone la necesidad de relativizar los derechos individuales lesionados con una publicación. Es cierto que la finalidad última de aquel sistema reside en la consagración de la libertad y dignidad del hombre. Pero también es cierto que para alcanzar semejante objetivo se han implementado una serie de técnicas y mecanismos sin cuyo funcionamiento dichos propósitos se tornan irrealizables.

Tal es lo que acontece con las instituciones políticas y los derechos políticos que contiene la Constitución Nacional como medios indispensables para establecer y consolidar el sistema en cuyo marco se concreta la libertad y dignidad del hombre.

Por tal razón, las libertades individuales no son absolutas, no solamente para armonizarlas con las libertades de los demás, sino también para hacer posible el funcionamiento del sistema político.²⁷

Considérese que sin libertad de expresión, sin libertad de información no se verifica en forma efectiva la posibilidad de “la libertad”, sin embargo, la exigencia de responsabilidad puede unirse con el presupuesto de la libertad.

²⁷ BADENI, Gregorio, *La doctrina de la real malicia*.

De esta forma es posible una concepción que determine a la responsabilidad como la contracara de la libertad, verificándose la primera como de carácter operativo frente a las posibles repercusiones de índole pública que puedan generarse a partir de la información.

En definitiva, el derecho a la privacidad que tutela el art. 19 de la Constitución, no es absoluto y, en el caso de los gobernantes, queda subordinado a la necesidad de acreditar permanentemente su idoneidad ética mediante un comportamiento ejemplar y conforme a las exigencias provenientes de los valores morales que albergan los gobernados. Sancionar a los medios de prensa porque satisfacen el derecho a la información de la ciudadanía sobre el comportamiento ético de sus mandatarios, es abrir las compuertas para fomentar el desarrollo de la hipocresía, de la impunidad social, de la corrupción y la inmoralidad.

Esta limitación a la vida privada de los funcionarios y hombres públicos no importa la negación de ese derecho sino, solamente, reducir el ámbito de su libertad a la intimidad por razones de orden público, moral pública y las que son propias de un sistema representativo y republicano de gobierno. Tales razones privan de arbitrariedad a ciertas injerencias en la vida privada de los funcionarios y hombres públicos.²⁸

Indudablemente a nivel jurisprudencial no es viable una asunción a priori de un derecho prioritario frente a la posibilidad de existencia de tensiones entre los derechos a la privacidad y a la información; es imposible una determinación abstracta y a priori de las mismas. De esta forma, se rechazan sin dudas, aquellas concepciones que anticipadamente determinan prelaciones inexistentes tanto a nivel normativo cuanto de principio.

A lo establecido debe adicionarse que de esta forma en “este territorio tensional gana en utilidad la técnica de la ponderación, asociada al juicio de razonabilidad y particularmente al principio de proporcionalidad, como herramienta apropiada para formular un “enunciado de preferencia condicionada” que brinde una jerarquía axiológica móvil, útil para el caso concreto pero que no impide una respuesta diferente en otro supuesto”²⁹.

Asimismo, corresponde indicar la sistematización efectuada por Bustamante Alsina quien establecía que desde el punto de vista civil es aplicable para la determinación de la responsabilidad con motivo del ejercicio de la libertad de expresión los siguientes principios:

- 1) Quien ejerce el derecho de informar debe procurar ser veraz y no agraviar.
- 2) Conforme al artículo 1109 del Código Civil, siempre es necesario probar la culpa o dolo de quien ejerce la libertad de expresión. En nuestra legislación, el

²⁸ BADENI, Gregorio, *El derecho a la vida privada de los funcionarios públicos*.

²⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (editor) *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, págs. 123 a158.

- ejercicio de ese derecho no acarrea responsabilidades objetivas y, en cada caso concreto, se impone la prueba del dolo o culpa del emisor.
- 3) El dolo y la culpa no se presumen, y corresponde su prueba al demandante.
 - 4) Conforme al artículo 1071 del Código Civil, la libertad de expresión no puede ser ejercida en forma abusiva y ocasionar daños innecesarios. Tal es lo que acontecería si se difundieran hechos carentes de interés público, o que superaran los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
 - 5) Según el artículo 1071 bis del Código Civil, mediante la libertad de prensa no es lícito entrometerse arbitrariamente en la vida ajena, ocasionar un daño.

Ahora bien este principio debía ser atenuado cuando se trataba de “personajes públicos que tienen una vida pública en el medio social en que actúan y dentro de ella existe un tácito consentimiento en exponerse a la información y a la crítica.”³⁰

Ahora bien, en vínculo con lo indicado en los párrafos precedentes, debe sindicarse que el derecho de búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de diferente índole posee una eminente ubicación de importancia, sin perjuicio que no prescinde de la responsabilidad ante la justicia por la posible comisión de delitos durante su ejercicio dado que no se pretende precisamente, atribuir seguridades de impunidad a la prensa. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita ante el ejercicio abusivo de la libertad de pensamiento y expresión”³¹.

A lo indicado debe adicionarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en otra oportunidad que “los remedios reparadores son los establecidos normativamente y deben ser los estrictamente necesarios para asegurar una adecuada medida de protección a los otros derechos en tensión, ya que la ligereza en la ponderación de los presupuestos de la responsabilidad conspiraría contra la formación de una prensa vigorosa – en razón de la fuerza paralizadora y disuasiva de la obligación de resarcir – y ello entorpecería el desenvolvimiento de la función esencial de control de la cosa pública que lleva a cabo la prensa en una república”³².

³⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “*Efectos civiles del ejercicio ilegítimo de la libertad de prensa*”, en *El Derecho*. Buenos Aires, 16 de julio de 1992.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Palamara Iribarne vs Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

³² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Caso “Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo s/ art. 109 C.P.*, Sentencia de 22 de diciembre de 1998. Voto de los Dres. Belluscio y López.

Indudablemente, en función de lo establecido, el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no es ajustado a derecho y sus argumentos no son acordes con la jurisprudencia y doctrina nacionales e internacionales en la materia.

Los principios que conforman la doctrina de la real malicia son de aplicación en situaciones con vínculo directo para con integrantes del sistema político, excluyéndose de esta forma a las personas que no son figuras públicas o no son personas relacionables con temáticas institucionales o de interés público.

Así es que en el caso, se trata de una doctrina que debería haber sido aplicada, con independencia de la falsedad o veracidad de la información; aunque indudablemente el reconocimiento de la veracidad de la misma inhibe la conformación de un procedimiento judicial dadas la connotaciones jurídicas y políticas del mismo.

El rol institucional que desempeña la prensa en un sistema democrático constitucional impone la necesidad de relativizar los derechos individuales lesionados con una publicación. Es cierto que la finalidad última de aquel sistema reside en la consagración de la libertad y dignidad del hombre. Pero también es cierto que para alcanzar semejante objetivo se han implementado una serie de técnicas y mecanismos sin cuyo funcionamiento dichos propósitos se tornan irrealizables.³³

Es insólito que la sentencia no mencione los hechos a que se hace mención en todo el proceso estableciendo simplemente una remisión a instancias anteriores en que éstos han sido referenciados.

Asimismo, las referencias a las fotografías teóricamente no autorizadas, son insostenibles en mérito a que quien las entregara fuera el área de comunicaciones de Presidencia de la Nación y que por el estilo de fotografía indudablemente se encuentra constituido el consentimiento del Sr. Menem.

No hay menciones, sin embargo, a la violación al derecho a la imagen que sería más adecuado a las circunstancias eventualmente, aunque no es la consideración efectiva que se postula, ya que la notoriedad del protagonista principal de las mismas asociadas a la historia, hacen ceder este derecho en un juicio de ponderación.

La pretensión de invertir el principio del derecho a investigar y hacer la difusión de la información es insostenible en el sistema que regula la normativa argentina vigente.

³³ BADENI, Gregorio, *La doctrina de la real malicia*.

Por otra parte, los antecedentes jurisprudenciales tanto argentinos como internacionales que son citados, merecen la calificación de meros distractores ya que nada tienen de relación con los hechos que se ventilan en este caso y nada aportan a la efectividad de la correcta dilucidación del mismo.

En mérito a lo señalado se concluye por tanto que, en relación con qué debe considerarse incluido dentro del núcleo del derecho a la información, el derecho de búsqueda, recepción y difusión de ideas e informaciones de diversa índole y, la recepción y conocimiento de la diferente información e ideas que sean difundidas, son parte esencial.

Asimismo, la idoneidad desde los diferentes puntos de vista de una persona para el ejercicio de cargos públicos y por tanto la primera magistratura de la Nación, así como las acciones que se ejecuten en el cumplimiento de sus tareas, verifican protección a los efectos de dar sostenibilidad al debate democrático. Es precisamente por esto que se encuentran más expuestos al permanente escrutinio público, posibilitado a través de los medios de comunicación, los que al poner en conocimiento de las diferentes situaciones a las personas no hacen otra cosa que cumplir con su deber, en mérito a su existencia en el marco de una sociedad democrática y plural.

De todas maneras, esto no implica que estas personas carezcan de derecho a la privacidad, mas éste cede en forma considerable no siéndoles efectivamente posible tener control sobre la difusión de información personal hacia el público.

Por otra parte, es menester entonces señalar que las restricciones al derecho a la información y a las libertades de expresión y de información, solo es posible en casos en que se verifica una necesidad justificada en una necesidad de índole social. Indudablemente éste no es el caso.

Así las informaciones que presentara la Revista Noticias lejos de implicar una violación a la privacidad, se constituyeron en un elemento imprescindible para el ejercicio del necesario contralor social que las personas deben realizar sobre las conductas de sus gobernantes. Es indiscutible el contenido de interés público que revisten las informaciones presentadas por la Revista y que dieron origen a este proceso.

En el mismo sentido parece por demás notorio el diferente umbral de protección de que goza la privacidad del Sr. Menem como para alegar violación a la privacidad y el notorio interés que sus acciones revisten para la Nación Argentina en su conjunto. Como ya se estableciera, quienes deciden ejercer actividad pública, voluntariamente se exponen al examen y evaluación de sus acciones por la colectividad lo que indudablemente conlleva un mayor riesgo de afectación a su vida privada.

La sentencia además, no realiza el correspondiente juicio de ponderación en relación con los derechos en juego considerando adecuadamente la importancia que en una sociedad democrática tiene el “debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública.”³⁴

La Corte se concreta a sostener la existencia de una violación a la privacidad sin mayor explicación de las razones y sin hacer un análisis contextual lo que es verdaderamente inadmisibile y absolutamente cuestionable.

Renglón aparte merecen los montos “disuasivos” que se determinaron obligatorios para los codemandados, en los que la pretensión fue condicionar a la prensa y evitar la pluralidad, alineando a ésta con el poder político y evitando el debate plural que es precisamente la razón de ser de su existencia.

Es esencial la comprensión en definitiva que “cuando una persona convoca a la comunidad porque dice defender ciertos valores y luego en su vida privada los traiciona, esa información es de relevancia pública”. Y la justicia debe garantizar la acción de quienes coadyuvan al conocimiento de tal inconsistencia.

Para citar este artículo:

Nahabetian, Laura, “Tensión entre Derecho a la Privacidad y Derecho a la Libertad de Información” en *Revista de Derecho- UCU*, 11 (Julio 2015), pp. 179-210

Recibido: 15/04/2015

Revisado: 06/5/2015

Aceptado: 02/06/2015

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.